

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o 244.461 du 9 mai 2019

A. 227.929/VI-21.466

En cause : **la Société anonyme SPIE BELGIUM,**
ayant élu domicile chez
M^e Isabelle COOREMAN, avocat,
avenue Charles Quint 586/9
1082 Bruxelles,

contre :

la SOCIÉTÉ WALLONNE DES EAUX,
ayant élu domicile chez
M^{es} Bruno LOMBAERT et
Nicolas CARIAT, avocats,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 19 avril 2019, la société anonyme (S.A.) SPIE BELGIUM demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision de la SOCIÉTÉ WALLONNE DES EAUX, par laquelle la SOCIÉTÉ WALLONNE DES EAUX a décidé, en sa qualité de pouvoir adjudicateur, de ne pas sélectionner la S.A. SPIE BELGIUM dans le cadre du marché «multi-techniques réf. 2706»".

II. Procédure

Par une ordonnance du 23 avril 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 7 mai 2019 à 10 heures.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66,6°, et à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

M^{me} Nathalie VAN LAER, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Maxim LECONTE, *loco* M^e Isabelle COOREMAN, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Bruno LOMBAERT, *loco* M^e Nicolas CARIAT, avocat et Olivier SCHRAM, attaché, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Denis DELVAX, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Exposé des faits utiles

Le 11 février 2019 est paru au Bulletin des adjudications un avis relatif à un "Appel à demandes de participation - Facility - Marché multitechniques". Ce marché y est décrit de la manière suivante :

" Le présent marché concerne la gestion multitechnique des différents bâtiments de la SWDE.

Il concerne la maintenance préventive de type systématique (entretiens), et corrective (réparations) des installations de chauffage, ventilation et conditionnements d'air (HVAC) et des systèmes d'énergie associés aux bâtiments SWDE.

Le présent marché vise aussi l'ensemble des prestations de contrôles réglementaires tels que prévus dans la [législation]".

Un avis de marché est également paru au Journal Officiel de l'Union européenne le 15 février 2019.

Le mode de passation choisi pour ce marché de services est la procédure négociée avec mise en concurrence préalable.

Le cahier spécial des charges décrit les critères de sélection qualitative de la manière suivante :

- " Le dossier de candidature contiendra sur la page de garde les coordonnées complètes de son répondant.

Ces coordonnées mentionnent : Nom - prénom - fonction - téléphone - fax - mail

➤ Capacités économiques

Le soumissionnaire fournira une liste de services similaires exécutés au cours des trois dernières années (montant minimum des prestations de 30.000€/an comprenant les mentions suivantes : Montants, dates & coordonnées complètes du destinataire des services (nom du contact, numéro de téléphone...).

La SWDE se réserve le droit de s'informer auprès de ceux-ci sur la qualité des services prestés (attestation de bonne exécution). Le nombre de références, leurs montants, la qualité des services prestés pour chacun d'eux rentrent directement en compte dans la sélection.

➤ Capacités techniques et professionnelles

Afin de vérifier l'aptitude du soumissionnaire à répondre à nos exigences ; il transmettra :

1. Un document décrivant son expertise dans ce domaine
2. La liste des sous-traitants avec leurs coordonnées et leur(s) domaine(s) d'intervention

Ces informations exigées le sont en vertu de la réglementation en matière de marchés publics et seront gardées confidentielles".

Les demandes de participation devaient être introduites pour le 13 mars 2019 à douze heures.

Six opérateurs économiques - dont la requérante - ont déposé une demande de participation.

Le rapport d'analyse des candidatures conclut à la sélection de cinq opérateurs économiques et à la non sélection de la requérante au motif qu'elle ne "fournit pas la liste de ses sous-traitants".

Le Directeur du pôle technique de la partie adverse a approuvé, pour la seconde phase du marché, les candidatures des cinq opérateurs économiques sélectionnés dans le rapport d'analyse. Cette décision comporte le passage suivant :

- " Attendu que le candidat SPIE BELGIUM, ne fournit pas la liste des sous-traitants exigée dans le cahier des charges, il ne satisfait pas à toutes les conditions de sélection et n'est donc pas sélectionnable pour la seconde phase".

Par un courrier daté du 8 avril 2019, la partie adverse a informé la requérante que "le Directeur de pôle a décidé de ne pas retenir [sa] candidature" pour le motif qui suit :

" Le candidat n'as pas fourni la liste de sous-traitant exigée dans le CSC".

La décision de ne pas sélectionner la requérante constitue l'acte attaqué.

IV. Moyen unique

IV.1. Thèse des parties

A. Demande de suspension

La requérante prend un moyen unique de la "violation des articles 65, 70, 73 et 74 de l'AR PASSATION Secteurs Spéciaux (SS), de l'article 68 de l'AR PASSATION Secteurs Classiques (SC), de l'article 147 de la Loi relative aux marchés publics, le principe du raisonnable et le principe de proportionnalité en tant que principes de bonne administration" dans lequel elle soutient que "la fourniture d'une liste de sous-traitants n'est pas un critère de sélection valable, de sorte que sa non-production ne peut justifier une décision de non-sélection".

Elle développe la première partie de ce moyen comme suit :

" [...]

Le critère de sélection litigieux est formulé de la manière suivante dans le CSC.

Afin de vérifier l'aptitude du soumissionnaire à répondre à nos exigences, il transmettra : 2) la liste de sous-traitants avec leurs données et leurs domaines d'interventions.

Le critère de sélection 2 peut donc être scindé en deux parties :

1. Fourniture d'une liste de sous-traitants
2. Précision de leurs domaines d'interventions.

[...] En ce qui concerne les critères de sélection, l'article 70 de l'AR PASSATION SS (Secteurs Spéciaux) dispose que les articles 65 à 69 et 72 de l'AR PASSATION SC (Secteurs Classiques) sont d'application.

Pour la capacité technique et professionnelle, l'article 68, § 4 de l'AR PASSATION SC énumère de façon limitative les possibles critères de sélection.

Les [...] «références» [...] sont énoncées de manière exhaustive. Chaque exigence particulière relative à la capacité technique du candidat, déterminé par un pouvoir adjudicateur, doit être issue d'une des références énumérées dans les Directives. La capacité ne peut être prouvée qu'au moyen de ces documents. [...]

Il s'agit plus précisément des critères suivants :

- 1° une liste de références;
- 2° l'indication des techniciens ou des organismes techniques;
- 3° la description de l'équipement technique, des mesures employées par l'opérateur économique pour s'assurer de la qualité;
- 4° l'indication des systèmes de gestion et de suivi de la chaîne d'approvisionnement;
- 6° l'indication des titres d'études et professionnels;
- 7° l'indication des mesures de gestion environnementale;
- 8° une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du prestataire;
- 9° une déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique;
- 10° l'indication de la part du marché que l'opérateur économique a éventuellement l'intention de sous-traiter.

[...]

Il faut donc bien conclure que la première partie du critère de sélection (la fourniture d'une liste de sous-traitants) n'est pas un critère de sélection valable, puisque ce critère n'est pas repris dans la liste exhaustive de l'article 68, § 4 AR PASSATION SC.

Ce constat suffit afin de conclure à l'irrégularité de la décision de non-sélection basée sur la non-production d'une telle liste.

Ceci est logique puisqu'il ne s'agit pas de la capacité du candidat à pouvoir exécuter le marché (objet d'un critère de sélection).

Même en ce qui concerne l'indication de la part du marché dont on a éventuellement l'intention de sous-traiter, la doctrine soulevait déjà «qu'il était difficile à percevoir de quelle manière ceci démontrerait la capacité» [...] Ceci vaut *a fortiori* en ce qui concerne la fourniture d'une liste de sous-traitants, qui n'est même pas reprise en tant que critère de sélection.

Lorsque cette capacité serait insuffisante, le candidat pourrait avoir recours à la capacité d'autres entités. (article 72 AR PASSATION SS - partie IIC du DUME, à laquelle la SA SPIE répond «non»).

C. informations relatives au recours aux capacités d'autres entités

L'opérateur économique a-t-il recours aux capacités d'autres entités pour satisfaire aux critères de sélection figurant dans la partie IV et aux critères et règles figurant (le cas échéant) dans la partie V ci-dessous?

- ° Oui
- Non

Cependant, ceci n'est pas le cas dans le présent cas d'espèce, la SA SPIE BELGIUM fait seulement appel à des sous-traitants sans recourir à leur capacité technique. (article 73 AR PASSATION SS - partie IID du DUME.

D : Informations relatives aux sous-contractants aux capacités desquels l'opérateur économique n'a pas recours

L'article 73 AR PASSATION SS précise d'ailleurs également que cette disposition est d'application «à l'égard des sous-traitants à la capacité desquels il n'est pas fait appel».

Ne visant pas la capacité des soumissionnaires à exécuter le marché et n'étant pas repris dans la liste limitative de l'article 68, § 4 de l'AR PASSATION SC, la non-fourniture d'une liste de sous-traitants ne pouvait donc aucunement justifier la non-sélection de la SA SPIE BELGIUM.

Il convient de remarquer que la SA SPIE BELGIUM a en tout cas rempli la seconde partie du critère de sélection litigieux : précision du domaine d'intervention des sous-traitants. Dans son DUME, la SA SPIE BELGIUM précise en effet :

« l'appel à la sous-traitance sera mineur et uniquement pour les installations spécifiques ayant un protocole de communication propre au fournisseur comme certaines centrales incendie, certains systèmes de régulation, »".

Elle explique ensuite que "la non-fourniture d'une liste de sous-traitants ne pourrait justifier l'irrégularité de sa candidature sous un éventuel autre motif".

À titre subsidiaire, la requérante expose qu'à supposer même que "la non-production d'une liste de sous-traitants puisse entraîner une irrégularité, *quod non*, il s'agit tout au plus d'une irrégularité non substantielle" et souligne que la partie adverse aurait dû lui donner l'opportunité de régulariser cette irrégularité.

À titre infiniment subsidiaire, la requérante soutient que la partie adverse avait l'obligation de lui demander plus d'informations avant de rejeter sa candidature.

B. Note d'observations

Après avoir constaté que la candidature de la requérante n'était pas conforme aux exigences de sélection qualitative énoncées dans les documents du marché, la partie adverse observe ce qui suit :

" [...]

La partie requérante expose que «en ce qui concerne les critères de sélection, l'article 70 de l'AR Passation SS (Secteurs spéciaux) dispose que les articles 65 à 69 et 72 de l'AR Passation SC (Secteurs Classiques) sont d'application» (Requête introductive d'instance, p. 5, point 8).

Elle en déduit que :

- la SWDE était prétendument tenue de définir ses critères de sélection en se fondant sur la liste exhaustive visée par l'article 68, § 4 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques;
- la SWDE, en définissant les exigences de sélection qualitative visées au point 1.1.9 du cahier spécial des charges sur la base de critères ne figurant pas dans la liste visée par ledit article 68, § 4, aurait nécessairement agi en méconnaissance du cadre légal et réglementaire des marchés publics [...].

L'argumentaire de la partie requérante est erroné, tant concernant sa prémisse que ses conclusions.

Les règles relatives aux critères de sélection qualitative diffèrent en effet largement selon que le marché concerné est soumis au cadre des secteurs classiques ou au cadre des secteurs spéciaux, notamment et à tout le moins concernant les éléments suivants :

- (i) Alors que les articles 66 et 71 de la loi du 17 juin 2016 imposent aux pouvoirs adjudicateurs de définir un ou plusieurs critère(s) de sélection pour chaque marché dans le cadre des secteurs classiques, il ressort de l'article 149 de la même loi que la définition de pareils critères est facultative dans les secteurs spéciaux.
- (ii) Alors que, conformément à l'article 71, alinéa 1^{er} de la loi du 17 juin 2016, les critères de sélection qualitative ne peuvent viser à évaluer que trois caractéristiques énumérées relatives à la situation de l'opérateur économique (aptitude à exercer l'activité professionnelle; capacité économique ou financière; capacités techniques et professionnelles), il découle de l'article 151, § 2 de la loi que pareille limite formelle ne s'impose pas dans les secteurs spéciaux (dans les hypothèses où des critères de sélection qualitative sont définis par l'entité adjudicatrice).
- (iii) Alors que l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques impose d'assortir chaque critère de sélection d'un niveau d'exigence approprié, cette règle n'est que supplétive dans les secteurs spéciaux (dans les hypothèses où des critères de sélection qualitative sont définis par l'entité adjudicatrice).

En effet, contrairement à ce qu'avance la partie requérante (qui cite à dessein de manière tronquée cette disposition), l'article 70 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux prévoit l'application dudit article 65 aux marchés des secteurs spéciaux uniquement «sauf disposition contraire dans les documents du marché».

- (iv) Alors que l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques définit de manière exhaustive les exigences et modes de preuve qu'un pouvoir adjudicateur est autorisé à réclamer des opérateurs économiques en vue de démontrer leurs aptitudes et capacités (en particulier les articles 66 à 69 et 72), ces règles ne sont que d'application supplétive dans les secteurs spéciaux (dans les hypothèses où des critères de sélection qualitative sont définis par l'entité adjudicatrice).

Ici également, contrairement à ce qu'avance la partie requérante (qui cite à dessein de manière tronquée cette disposition), l'article 70 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux prévoit l'application des articles 66, 67, 68, 69 et 72 aux marchés des secteurs spéciaux uniquement «sauf disposition contraire dans les documents du marché».

Il découle de ce qui précède que la partie adverse (en sa qualité d'entreprise publique active dans le secteur spécial de l'eau) était autorisée à définir les exigences de sélection relatives au présent marché en disposant d'une large marge d'appréciation, et en particulier sans être tenue par la liste exhaustive de moyens de preuve visée par l'article 68, § 4 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (à laquelle elle a choisi de déroger dans le cadre du présent marché).

Il ne peut par ailleurs être contesté que les critères de sélection qualitative définis en l'espèce soient liés et proportionnés à l'objet du marché :

- Les critères énoncés sont pertinents dès lors qu'ils permettent d'évaluer et de vérifier que chaque opérateur économique disposera des capacités notamment techniques lui permettant, en cas d'attribution du marché, de réaliser (en propre ou en recourant à la sous-traitance) l'ensemble des tâches et prestations visées par ce marché couvrant un large spectre de services différents.

La partie requérante ne peut donc en aucun cas être suivie lorsqu'elle avance que le critère énoncé ne vise «pas la capacité du candidat à pouvoir exécuter le marché» (Requête introductive d'instance, p. 5).

- Les critères de sélection qualitative ont été définis de manière à favoriser la concurrence la plus étendue possible entre les opérateurs économiques et afin de ne pas imposer à ceux-ci des contraintes organisationnelles et administratives disproportionnées eu égard à l'objet du marché, en particulier au stade de la sélection qualitative.

Chaque opérateur économique était en effet invité à démontrer ses capacités économiques, financières, techniques et professionnelles par le dépôt (i) d'une liste de références pour des services similaires au cours des 3 dernières années pour un montant minimum de prestations de 30.000 EUR/an, (ii) d'une note décrivant son expertise concernant les services faisant l'objet du marché et (iii) la liste des sous-traitants qu'il compte mobiliser dans le cadre de l'exécution du marché, ainsi que leur(s) domaine(s) d'intervention.

Tant les exigences à rencontrer (sur le plan matériel/substantiel) que les modes de preuve exigés visaient à éviter toute contrainte administrative disproportionnée qui aurait notamment pu exister si la partie adverse avait exigé la présentation de références pertinentes pour toutes et chacune des spécialisations visées par l'objet du marché (ce qui aurait contraint les opérateurs économiques à présenter un grand nombre de références, ainsi qu'à former des consortia ou à recourir à l'engagement d'entités tierces).

Contrairement à ce que semble par ailleurs soutenir la partie requérante, il n'était donc aucunement exigé des opérateurs économiques qu'ils concluent des contrats de sous-traitance avant l'adjudication du marché.

En outre, la liste des sous-traitants proposés visait à vérifier que les opérateurs économiques avaient identifié, dès le dépôt des candidatures, l'ensemble des prestations nécessaires à l'exécution du marché, ainsi que les sous-traitants qui leur seraient nécessaires (concernant les prestations qu'ils ne seraient pas en mesure de réaliser en propre). Cette liste de sous-traitants à fournir n'est néanmoins pas figée et est susceptible d'évolution ultérieure, dès lors que, conformément au point 1.2.8 du cahier spécial des charges, l'adjudicataire sera autorisé à impliquer des sous-traitants non mentionnés dans la liste communiquée au stade des demandes de participation, avec l'accord préalable de la SWDE. La partie requérante ne peut prendre argument dudit point 1.2.8 du cahier spécial des charges pour affirmer que sa demande de participation aurait dû être accueillie par la partie adverse : outre que c'est de son fait que la partie requérante a choisi de ne pas présenter une liste de sous-traitants comme l'y contraignait expressément le cahier spécial des charges (quitte à faire éventuellement évoluer celle-ci au stade de l'exécution), la circonstance que la liste des sous-traitants pouvait être modifiée ultérieurement n'autorisait aucunement la partie adverse à dispenser la partie requérante de l'exigence de sélection expressément énoncée par le cahier des charges visant à vérifier (au stade de la sélection) la capacité des opérateurs économiques à exécuter (en propre ou en recourant à la sous-traitance) l'ensemble des services de maintenance couverts par l'objet du marché.

- Il n'existait aucune impossibilité ou aucune difficulté sérieuse pour les opérateurs économiques à déposer la liste des sous-traitants envisagés ainsi que leurs domaines d'intervention.

Les exigences techniques énoncées par le cahier spécial des charges permettaient en effet d'identifier les capacités et spécialités nécessaires en

vue de l'exécution de l'ensemble des services faisant l'objet du marché. Les opérateurs économiques étaient donc amenés à décrire leur expertise et à identifier leurs éventuels sous-traitants (ainsi que leurs domaines d'intervention) sur la base d'une information claire quant à l'objet du marché et à ses conditions d'exécution.

La partie requérante ne mentionne dans sa requête introductive d'instance aucune impossibilité prétendue qui aurait existé pour elle à déposer la liste de ses sous-traitants.

Il convient par ailleurs de souligner que les cinq autres opérateurs économiques ayant déposé une candidature ont joint la liste demandée à leur demande de participation (dans le respect intégral des exigences énoncées par les documents du marché).

- La partie requérante ne peut prendre prétexte de certaines mentions ou du libellé du questionnaire DUME afin de prétendre que la sous-traitance serait en toute hypothèse facultative et qu'elle était en conséquence fondée à ne pas déposer en l'espèce sa liste des sous-traitants [...].

Le DUME constitue en effet un document-type, intangible, dont les mentions ne peuvent être modifiées par les entités adjudicatrices. Conçu comme un instrument générique susceptible d'être utilisé pour l'ensemble des marchés au niveau de l'Union européenne (et donc indépendamment des conditions particulières des marchés définies au cas par cas par l'adjudicateur), il reflète et prévoit d'ailleurs expressément la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'imposer aux opérateurs économiques le dépôt d'une liste de sous-traitants.

L'opérateur économique a-t-il l'intention de sous-traiter une partie du contrat à des tiers ?

- Oui
- Non

Dans l'affirmative et pour autant que vous le sachiez, veuillez préciser à quels sous-traitants :

N'ayant pas encore reçu la liste et types d'équipements à entretenir, il nous est difficile de vous communiquer la liste des sous-traitants. Toutefois, cette liste sera communiquée en réponse à l'appel d'offres. Nous souhaitons préciser que l'appel à la sous-traitance sera mineure et uniquement pour les installations spécifiques ayant un protocole de communication propre au fournisseur, comme certaines centrales incendie, certains systèmes de régulation, etc.

- Si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice demande explicitement ces informations en plus de celles visées à la partie I, veuillez communiquer les informations demandées dans les sections A et B de cette partie et de la partie III pour chacun des (catégories de) sous-traitants concernés.

Surtout, le document générique que constitue le DUME ne peut prévaloir sur les exigences expresses et particulières de l'entité adjudicatrice définies dans les documents du marché en conformité avec le cadre légal et réglementaire des marchés publics.

Il découle de l'ensemble de ce qui précède que le critère de sélection qualitative relatif à la production d'une liste de sous-traitants, défini dans le cadre du présent marché par la partie adverse conformément à la large marge d'appréciation qui lui est reconnue par le cadre légal et réglementaire des

marchés publics, est parfaitement conforme aux règles applicables dans les secteurs spéciaux".

La partie adverse explique ensuite qu'elle "n'a pas accueilli la demande de participation présentée par la partie requérante pour le motif [...] que celle-ci n'était pas conforme aux exigences de sélection qualitative énoncées par le cahier spécial des charges", qu'elle "ne reproche donc aucunement à la partie requérante d'avoir déposé une demande de participation irrégulière" et que "les considérations avancées par la partie requérante concernant la prétendue «irrégularité» de sa demande de participation, tout comme les dispositions qu'elle invoque concernant la régularité des offres déposées par les opérateurs économiques dans le cadre d'un marché déterminé [et] ne présentent aucune pertinence dans le cadre du présent litige".

La partie adverse fait enfin valoir qu'elle n'était aucunement tenue d'interroger la requérante après avoir constaté que sa candidature ne comportait pas la liste des sous-traitants exigée par le cahier des charges et qu'au contraire, elle "se trouvait dans l'impossibilité absolue (sous peine de violer le principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques) de dispenser la partie requérante d'une exigence de sélection qualitative définie par le cahier spécial des charges ou de l'interroger à cet égard, lui permettant par là même de modifier sa demande de participation (*a fortiori* de manière postérieure au délai d'expiration du délai ultime de dépôt des candidatures, et alors que les informations transmises par la partie requérante dans son DUME étaient parfaitement claires et ne nécessitaient aucune précision ou clarification)".

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 1.1.9. du cahier spécial des charges énonce les critères de sélection qualitative qui suivent :

- " Le dossier de candidature contiendra sur la page de garde les coordonnées complètes de son répondant.

Ces coordonnées mentionnent : Nom - prénom - fonction - téléphone - fax - mail

➤ Capacités économiques

Le soumissionnaire fournira une liste de services similaires exécutés au cours des trois dernières années (montant minimum des prestations de 30.000€/an comprenant les mentions suivantes : Montants, dates & coordonnées complètes du destinataire des services (nom du contact, numéro de téléphone...)).

La SWDE se réserve le droit de s'informer auprès de ceux-ci sur la qualité des services prestés (attestation de bonne exécution). Le nombre de références, leurs montants, la qualité des services prestés pour chacun d'eux rentrent directement en compte dans la sélection.

➤ Capacités techniques et professionnelles

Afin de vérifier l'aptitude du soumissionnaire à répondre à nos exigences ; il transmettra :

1. Un document décrivant son expertise dans ce domaine
2. La liste des sous-traitants avec leurs coordonnées et leur(s) domaine(s) d'intervention

Ces informations exigées le sont en vertu de la réglementation en matière de marchés publics et seront gardées confidentielles".

Il n'est pas contesté que la requérante n'a pas joint à sa candidature une liste de sous-traitants. La requérante conteste, toutefois, la validité de ce critère de sélection dès lors qu'il "ne s'agit pas de la capacité du candidat à pouvoir exécuter le marché (objet d'un critère de sélection)".

Sans qu'il ne soit besoin, à ce stade, de se prononcer sur l'étendue de la compétence et de la marge d'appréciation dont dispose la partie adverse dans la détermination des critères de sélection qualitative dans les secteurs spéciaux, le fait qu'elle ait choisi, en l'espèce, de conditionner la participation au marché à des critères de capacité technique et professionnelle implique que les critères retenus doivent lui permettre de vérifier concrètement et effectivement que les candidats disposent des compétences techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer.

Si le cahier spécial des charges mentionne que les documents demandés dans le cadre de ce critère doivent permettre à la partie adverse "de vérifier l'aptitude du soumissionnaire à répondre à [ses] exigences", le Conseil d'État n'aperçoit pas, *prima facie*, en quoi une "liste des sous-traitants avec leurs coordonnées et leur(s) domaine(s) d'intervention" permet à la SWDE de s'assurer que les candidats disposent des compétences techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer.

Dans sa note d'observations, la partie adverse soutient que les critères retenus sont "pertinents dès lors qu'ils permettent d'évaluer et de vérifier que chaque opérateur économique disposera des capacités notamment techniques lui permettant, en cas d'attribution du marché, de réaliser (en propre ou en recourant à la sous-traitance) l'ensemble des tâches et prestations visées par ce marché couvrant un large spectre de services différents" et observe que les exigences techniques énoncées dans le cahier spécial des charges permettaient "d'identifier les capacités et spécialités nécessaires en vue de l'exécution de l'ensemble des services faisant l'objet du marché". Au cours de l'audience du 7 mai 2019, la partie adverse a également expliqué, d'une part, que la transmission d'une liste de sous-traitants et de leur

domaine d'intervention permettait de vérifier que le candidat concerné avait bien cerné l'ensemble des prestations qui devraient être effectuées et, d'autre part, qu'elle permettait de montrer le réseau et l'expérience des candidats.

La vérification de la connaissance, par un candidat ou un soumissionnaire, des prestations comprises dans un marché et donc de l'objet de celui-ci est, toutefois, étrangère à la vérification des compétences techniques et professionnelles effectives que peut faire valoir cet opérateur économique pour exécuter le marché. Par ailleurs et à supposer même qu'il faille suivre la partie adverse dans ce raisonnement, l'examen des prescriptions techniques contenues dans le cahier spécial des charges ne permet pas de cerner précisément l'ensemble des tâches et prestations comprises dans le marché. Ainsi que le relève un des candidats sélectionnés, ces prescriptions techniques ne comportent aucune information sur les équipements installés alors que certains équipements spécifiques peuvent nécessiter l'intervention du fabricant. Un autre candidat sélectionné indique, pour sa part, que, pour certains domaines, il traitera avec les représentants des marques commerciales rencontrées sans être plus précis sur ce point. Les prescriptions techniques du cahier spécial des charges ne permettent, en effet, pas de déterminer les marques commerciales et les équipements existant dans les bâtiments de la SWDE visés par le présent marché et donc de cerner précisément l'ensemble des tâches et prestations comprises dans le marché et ce d'autant plus qu'à l'audience du 7 mai 2019, le conseil de la partie adverse a confirmé que les annexes au cahier spécial des charges - comprenant notamment les inventaires (annexes 7 à 19) - n'avaient pas été rendues disponibles dans le cadre de la procédure de sélection.

En tout état de cause, le Conseil d'État n'aperçoit *prima facie* pas en quoi, même combiné avec un document décrivant l'expertise du candidat, une liste de ses sous-traitants et de leurs domaines d'intervention permettrait de s'assurer que ce candidat dispose concrètement des compétences techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer. Le Conseil d'État n'aperçoit pas davantage en quoi une telle liste permettrait de vérifier, comme l'a soutenu la partie adverse à l'audience, "les capacités du candidat à suivre le marché" ou "le réseau et l'expérience du candidat".

Tel qu'il est formulé dans les documents du marché, le critère de la transmission d'une "liste des sous-traitants avec leurs coordonnées et leur(s) domaine(s) d'intervention", même combiné à une note décrivant l'expertise du candidat n'est, dès lors, *prima facie* pas de nature à permettre à la partie adverse de vérifier si les candidats disposent des compétences techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer.

Le moyen est, dans cette mesure, sérieux.

V. Balance des intérêts

La partie adverse ne désigne pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

Le Conseil d'État n'en identifie pas davantage.

VI. Confidentialité

La partie requérante demande le maintien de la confidentialité de sa candidature en raison de "la nécessité d'assurer une saine et effective concurrence entre parties". Il s'agit de la pièce 3 de son dossier. Cette pièce correspond à la pièce A de la partie confidentielle du dossier administratif.

La partie adverse demande la confidentialité pour l'ensemble des demandes de participation dans "un souci de préservation du secret d'affaires et de la libre concurrence entre les candidats". Il s'agit des pièces A à F de la partie confidentielle du dossier administratif.

Dès lors que la divulgation des pièces sur lesquelles ces demandes de maintien de confidentialité portent n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}

La suspension de l'exécution de la décision prise par la Société wallonne des Eaux de ne pas sélectionner la société anonyme SPIE BELGIUM dans le cadre du marché multi-techniques (cahier spécial des charges réf. 2706 CSC FM Multitechniques), est ordonnée.

Article 2.

Les pièces A à F du dossier administratif ainsi que la pièce 3 du dossier déposé par la requérante sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le neuf mai deux mille dix-neuf par :

Nathalie VAN LAER,
Katty LAUVAU,

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU

Nathalie VAN LAER